

“AS NULIDADES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA”.

INTRODUÇÃO

Na presente exposição, examinaremos como o Superior Tribunal de Justiça vem julgando casos envolvendo processos administrativos disciplinares movidos contra servidores públicos federais, especialmente aqueles em que são invocadas nulidades relacionadas à instauração a partir de denúncia anônima, prescrição e formação da comissão processante.

Também serão objeto de comentários alguns julgados em que foram alegadas ofensas ao contraditório e à ampla defesa.

Preliminarmente, convém lembrar que a punição do servidor público por descumprimento de dever ou por violação de norma proibitiva pressupõe a instauração de sindicância punitiva ou processo administrativo disciplinar.

No caso do servidor público federal, o processo administrativo disciplinar é regido pela Lei 8.112/90, o qual prevê que em seu artigo 143 o seguinte:

“A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”.

O parágrafo terceiro do art. 143 dispõe que a apuração poderá ser promovida por autoridade de órgão ou entidade diverso daquele em que tenha ocorrido a irregularidade, mediante competência específica para tal finalidade, delegada em caráter permanente ou temporário pelo Presidente da República, pelos presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, no âmbito do respectivo Poder, órgão ou entidade, preservadas as competências para o julgamento que se seguir à apuração.

No que se refere à Controladoria-Geral da União, há expressa disposição legal prevendo atuação no âmbito do processo administrativo disciplinar da Lei 8.112/90.

É o que se depreende da Lei 10.683/03, artigo 18, parágrafo quarto, que prevê o seguinte:

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

Para ilustrar, nesse sentido já decidiu a Terceira Seção no MS 13.520/DF, da Relatoria da Ministra Laurita Vaz:

“De acordo com os comandos normativos contidos no art. 18 da Lei n.º 10.683/03 c.c o art. 4.º do Decreto n.º 5.480/05, a Controladoria-Geral da União possui competência para instaurar ou avocar Processos Administrativos Disciplinares e aplicar sanções disciplinares a servidores públicos, inclusive a demissão de cargo público e a destituição de cargo em comissão”.

Também merece menção recente precedente da Primeira Seção, MS 13.699/DF, da Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, no qual foi assentado que:

“A Controladoria-Geral da União é o órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, incumbindo-lhe, dentre outras atribuições, instaurar sindicâncias, procedimentos e processos administrativos disciplinares, em razão: a) da inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem; b) da complexidade e relevância da matéria; c) da autoridade envolvida; ou d) do envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade (arts. 2º, caput e 4º, inciso VIII, do Decreto 5.480/2005).”

DENÚNCIA ANÔNIMA

Como visto, é por meio do processo administrativo disciplinar que a Administração irá apurar a responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontra investido.

Importante observar que a abertura do processo administrativo disciplinar exige indícios suficientes da prática de infração por parte do servidor, o que pode demandar a prévia instauração de sindicância de natureza investigativa.

Esse procedimento normalmente é tomado quando a administração recebe denúncia anônima sobre a prática de ilícitos por parte de servidores públicos.

A princípio, é vedada a abertura de processo administrativo disciplinar de imediato, a partir de denúncia anônima.

É o que consta do art. 144 da Lei 8.112/90:

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

Existe muita controvérsia sobre a legalidade de punição a um servidor público decorrente de processo administrativo disciplinar instaurado por conta de denúncia anônima.

No ponto, predomina na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não há falar em nulidade se a administração toma o cuidado de instaurar previamente uma sindicância para apurar a consistência dessa denúncia, a exemplo da sindicância patrimonial que precede a abertura de processo administrativo disciplinar por conta da acusação de enriquecimento ilícito de servidor público.

Nesse sentido são os julgados da Corte Superior que fazem remissão ao precedente da Terceira Seção formado no julgamento do MS 12.385/DF, da Relatoria do Ministro Paulo Gallotti, no qual restou afirmado que *“Não há ilegalidade na instauração de processo administrativo com fundamento em denúncia anônima, por conta do poder-dever de autotutela imposto à Administração e, por via de consequência, ao administrador público”.*

Merece menção voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura proferido nessa ocasião, acompanhando o Relator, no qual foram feitas as seguintes ponderações:

“Verifica-se, portanto, que a Administração, no caso concreto, agiu com a devida cautela, diante da carta apócrifa que chegou ao seu conhecimento, pois, em vez de ordenar desde logo a instauração de uma sindicância, determinou a prévia apuração das irregularidades narradas na denúncia anônima, de modo a averiguar a sua plausibilidade, que, uma vez constatada, poderia ensejar a instituição de uma sindicância, como de fato ocorreu.

Dessa forma, a inauguração das investigações com base em denúncia anônima, na situação em exame, não constitui ilegalidade insanável na situação em exame, razão por que não prospera a irresignação do impetrante também quanto a este aspecto.”

Esse é o entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal no RMS 29198/DF, julgado pela Segunda Turma em 30/10/2012, no qual a Relatora, Ministra Cármen Lúcia, assim se manifestou:

“Assim, como meio de preservar a imagem e a honra do servidor investigado, a Administração deve agir de forma cautelosa e discreta e realizar investigações preliminares em busca de outros elementos que corroborem a denúncia e confirmem a autoria e a materialidade das infrações, para, apenas aí, instaurar o processo administrativo disciplinar.

Esse procedimento investigatório preliminar pode ter a forma de sindicância, como se deu na espécie.

Não se quer, com isso, incentivar a prática do denunciismo contra servidor público, o que é reprovável, mas apenas afirmar que a denúncia formulada por pessoa não identificada não pode ser sumariamente descartada sem um juízo prévio sobre a plausibilidade das imputações. Fosse isso possível, diversas condutas ilegais e abusivas praticadas por servidores públicos jamais seriam conhecidas e combatidas.

Não pode a Administração, como é óbvio, instaurar o processo administrativo disciplinar contra servidor com base única e exclusiva nas imputações feitas em denúncias anônimas, sendo exigível, no entanto, conforme enfatizado, a realização de um procedimento preliminar que apure os fatos narrados e a eventual procedência da denúncia.”

Como se vê, deve a Administração abrir um procedimento preliminar para averiguar a existência dos fatos narrados e a eventual procedência da denúncia, e só então instaurar o processo administrativo disciplinar.

Isso porque são comuns os casos em que o denunciante prefere manter o anonimato para garantir a sua segurança contra possível retaliação do denunciado.

PRESCRIÇÃO

O transcurso do prazo decadencial é outro cuidado que deve ser tomado pela Administração.

É que o § 1º do art. 142 dispõe que:

“O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido”.

A par da imprecisa redação desse dispositivo, que já recebeu a pecha de inconstitucionalidade em sede doutrinária (v.g. *Lei 8.112/90 Interpretada e Comentada*, de Mauro Roberto Gomes de Mattos, 5ª ed.), existe controvérsia jurisprudencial sobre qual seria o exato termo inicial do prazo prescricional.

Por um lado, há entendimento no sentido de que esse começa quando a Administração, em sentido abstrato, toma conhecimento de um determinado fato.

Nesse sentido já decidiu a Primeira Seção MS 20.162/DF, da Relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, no qual assentou-se que:

“O termo inicial da prescrição punitiva estatal começa a fluir na exata data do conhecimento da irregularidade, praticada pelo servidor, por alguma autoridade do serviço público e não, necessariamente, pela

autoridade competente para a instauração do processo administrativo disciplinar”.

Por outro lado, há entendimento no sentido de que o prazo tem início a partir da ciência de autoridade que tenha poderes disciplinares.

Assim já decidiu a Terceira Seção no MS 13.933/DF, em que a Ministra Maria Thereza de Assis Moura proferiu o voto vencedor. Na ocasião, restou estabelecido que:

“A leitura do art. 143 da Lei n.º 8.112/90 reforça a idéia de que somente com a ciência da autoridade competente para instauração do procedimento administrativo disciplinar começa a fluir o prazo prescricional para o exercício da pretensão punitiva da Administração. O ato de apuração de irregularidade não pode ser praticado por qualquer agente público, ao contrário, só pode ser iniciado por uma determinada autoridade, assim considerada aquela que está legalmente investida de poder e que, no caso em tela, é a autoridade competente para instaurar o respectivo procedimento administrativo disciplinar”.

Recentemente, a Primeira Seção, no julgamento do MS 18.664/DF, de minha Relatoria, concedeu a segurança por reconhecer a prescrição em caso no qual a Administração recebeu denúncia contra determinado servidor público que teria incorrido em enriquecimento ilícito.

Nesse, o processo administrativo disciplinar só foi instaurado quando já transcorrido o prazo prescricional, não sendo aceita a tese de que somente após sindicância investigativa a Administração realmente tomou ciência das irregularidades.

No particular, considerou-se que tal ciência foi tomada quando do recebimento da denúncia (considerada anônima), a qual identificava de modo suficiente o servidor acusado de enriquecimento ilícito; e que as sucessivas instaurações de sindicâncias investigativas não tiveram o condão de interromper o prazo prescricional.

É que a Corte Superior entende que somente a sindicância instaurada com caráter punitivo tem o condão de interromper o prazo prescricional, e não

aquelas meramente investigatórias ou preparatórias de um processo disciplinar.

Não obstante, são frequentes os casos em que a Administração recebe denúncia de ilícito que está sendo praticado em um determinado órgão, sem identificação precisa dos responsáveis.

Nessas circunstâncias, surge a necessidade de se instaurar diversas sindicâncias investigativas para se verificar se realmente existem fatos que merecem ser apurados em processo administrativo disciplinar e quem deve ser acusado.

Muitas vezes a Administração, ao realizar essas sindicâncias investigativas, descobre novos ilícitos passíveis de apuração em outros processos administrativos disciplinares.

Nesse caso, surge a dúvida sobre qual deve ser considerado o termo inicial da prescrição: se aquele primeiro momento em que a Administração recebeu a denúncia; ou se é o momento em que a sindicância administrativa efetivamente identificou um possível responsável pela prática da infração.

Nessa situação, tenho que é aquele segundo momento, sob pena de a Administração ser impedida de processar e punir servidor público que tomou parte em ilícito cuja apuração só se tornou possível após a instauração de complexas sindicâncias administrativas, especialmente nos casos em que diversos ilícitos são praticados em um ou mais órgãos da Administração Pública.

Entendo que não há como afirmar que o termo inicial do prazo prescricional teria início em uma primeira denúncia, relativamente a determinado servidor, identificado somente após sucessivos desdobramentos das investigações administrativas.

De qualquer forma, deve a Administração cuidar para que a sindicância punitiva ou o processo administrativo disciplinar seja instaurado antes do término do prazo prescricional contado a partir do momento em que a Administração tomou conhecimento, ainda que de forma genérica e abstrata, da prática de ilícitos.

Assim, evitará que o servidor obtenha anulação judicial da pena disciplinar em situações nas quais era duvidoso o início do prazo prescricional, o que ocorre quando a Administração entende que somente depois da

sindicância investigativa é que tomou conhecimento da ocorrência determinada irregularidade, ao passo que o acusado defende que a Administração tomou conhecimento em momento anterior, quando formalmente cientificada, por exemplo, no contexto da abertura de inquérito policial ou de denúncia ofertada pelo Ministério Público.

Certamente, tais medidas dependem do aperfeiçoamento dos mecanismos de apuração dos ilícitos administrativos, com formação de comissões permanentes compostas por servidores efetivamente qualificados para a condução dos trabalhos de apuração.

Merece menção precedente da Primeira Seção, qual seja, o MS 16.764/DF, da Relatoria da Ministra Eliana Calmon.

No caso, a ação mandamental impugnou ato do Ministro de Estado da Agricultura que, em processo administrativo disciplinar, aplicou em desfavor da impetrante a pena de advertência "por infringência aos deveres funcionais inculpidos nos incisos I e III, do art. 116, da lei n. 8.112/90", mas deixou de aplicá-la por reconhecer a prescrição da pretensão punitiva da Administração; no entanto, determinou que o fato constasse dos assentamentos funcionais respectivos, para os fins do disposto no art. 131 da mesma lei (*"As penalidades de advertência e de suspensão terão seus registros cancelados, após o decurso de 3 (três) e 5 (cinco) anos de efetivo exercício, respectivamente, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar"*).

A segurança foi concedida, pois, *"(...) verificada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva da Administração, antes mesmo da instauração do processo administrativo disciplinar, não admite esta Corte a manutenção do registro do fato nos assentamentos individuais do servidor"*.

Finalizando o presente tópico, em sede de Direito Comparado, merece menção o art. 6º do *"Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas"* (Lei nº 58/2008), de Portugal, o qual estabelece que prescreve em um ano o direito de se instaurar o procedimento disciplinar, sendo o termo inicial a data em que a infração foi cometida; por outro lado, sendo conhecida a infração por superior hierárquico, o procedimento deve ser instaurado em 30 dias, sob pena de prescrição; e, por fim, o procedimento disciplinar prescreve em 18 meses desde a sua instauração, se o arguido (acusado) não for notificado da decisão final.

Como visto, são prazos rigorosamente curtos, de difícil aplicação à realidade brasileira, infelizmente.

FORMAÇÃO DA COMISSÃO PROCESSANTE

O ato de formação da comissão processante é muito delicado, merecendo especial cuidado da Administração.

São comuns os julgados em que o Superior Tribunal de Justiça decidiu no sentido da anulação do processo administrativo disciplinar por conta de comissões processantes formadas por servidores que não tinham condições de dela participar, em desatendimento ao art. 149 da Lei 8.112/90, cuja redação é a seguinte:

“O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado”.

Em julgado recente, a Corte Superior rejeitou a alegação de nulidade decorrente de membro vogal da Comissão Processante ainda estar em estágio probatório no cargo atual, embora estável no serviço público por conta de cargo anterior no mesmo órgão.

No MS 17.583/DF, em proferi o voto vencedor, um Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil foi demitido após regular processo administrativo disciplinar, e no mandado de segurança questionou o fato de um membro vogal ainda estar em estágio probatório.

A Primeira Seção, por maioria, não vislumbrou prejuízo à imparcialidade, pois, por um lado, esse membro vogal não chegara a participar de ato decisório, conforme pontuado no voto do Ministro Teori Zavascki; e, por outro, já havia adquirido estabilidade no serviço público por conta de cargo anterior (Técnico do Tesouro Nacional), não se confundindo esse instituto com o do estágio probatório.

Reforça a ausência de prejuízo à imparcialidade a peculiaridade desse caso concreto, eis que, se reprovado em estágio probatório (em que interpor recurso administrativo, exercendo ampla defesa), é garantida a sua recondução ao cargo anteriormente ocupado, nos termos do art. 20, parágrafo segundo, da Lei 8.112/90.

Em outros casos, por conta de circunstâncias especiais, a jurisprudência da Corte tem afastado esse tipo de nulidade por entender que não havia possibilidade de a Administração agir de modo diferente.

Por exemplo, no RMS 22.223/RR, a Sexta Turma negou provimento a recurso ordinário em mandado de segurança no qual era defendida a nulidade pela composição da comissão processante por três servidores não estáveis, o que desatenderia disposição de lei local que reproduzia o teor de artigo correspondente da Lei 8.112/90.

É que o órgão (Polícia Civil) havia sido reestruturado e integrado por servidores policiais civis devidamente concursados pouco antes da abertura do processo administrativo disciplinar, no contexto da federalização do antigo território de Roraima.

Na ocasião da instauração do processo administrativo disciplinar simplesmente não havia nos quadros da Polícia Civil do Estado servidores estáveis para compor a comissão processante.

Prosseguindo no tema da formação da Comissão Processante, convém lembrar que no caso dos Policiais Federais o processo administrativo disciplinar é regido pela Lei 4.878/65, cujo parágrafo primeiro do art. 53 estabelece que:

“Promoverá o processo disciplinar uma Comissão Permanente de Disciplina, composta de três membros de preferência bacharéis em Direito, designada pelo Diretor-Geral do Departamento Federal de Segurança Pública ou pelo Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal, conforme o caso”.

A diferença em relação ao art. 149 da Lei 8.112/90 consiste no fato de ser permanente a comissão processante; assim, relativamente aos Policiais Federais, veda-se a formação de comissão de natureza temporária ou *ad hoc* para conduzir o processo administrativo disciplinar contra o acusado.

Tais nulidades já foram reconhecidas pelo Superior Tribunal de Justiça, a exemplo dos julgados no MS 14.287/DF e MS 14.795/DF, ambos da Terceira Seção.

No primeiro, a Relatora, Ministra Laurita Vaz, consignou que:

“É nulo o processo administrativo disciplinar no âmbito da Polícia Federal promovido por comissão processante provisória, por afronta aos princípios da legalidade e do juízo natural, em face da especialidade da regra contida no art. 53, § 1.º, da Lei n. 4.878/65, que estabelece que o processo disciplinar será promovido por comissão permanente de disciplina”.

Importante acrescentar que no outro julgado - da Relatoria do Ministro Og Fernandes -, a Terceira Seção assentou que a instauração do processo administrativo disciplinar não é privativa do Diretor Geral da Polícia Federal, podendo a iniciativa partir do Superintendente Regional do órgão, sem que haja afronta ao art. 53 da Lei 4.878/64.

Ainda sobre a formação de comissão processante nos termos do art. 53 da Lei 4.878/65, manifestei meu entendimento em voto-vista no MS 18.800/DF, no qual acompanhei a Relatora, Ministra Eliana Calmon, no sentido de que não há nulidade no fato de os membros da comissão permanente não serem da mesma lotação do servidor acusado.

Isso porque não há previsão legal nesse sentido; e, ademais, havia uma peculiaridade no caso concreto, uma vez que se tratava de unidade localizada em lugar remoto, com poucos servidores, deduzindo-se facilmente a dificuldade de se montar comissão permanente com membros capazes de atuar com imparcialidade.

Por força das circunstâncias do caso, não se vislumbrou a nulidade pela atuação de membros da Polícia Federal lotados em Brasília/DF, na Corregedoria-Geral do Departamento da Polícia Federal, na composição de comissão permanente para conduzir os trabalhos de apuração em face de acusado lotado em unidade da Polícia Federal no Estado do Acre.

Na mesma linha já decidiu a Terceira Seção no MS 14.827/DF, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze em caso de demissão de Policial Rodoviário Federal, na qual restou consignado que:

“Não contém a Lei nº 8.112/1990 proibição de que a comissão disciplinar seja composta por servidores lotados em unidade da federação diversa daquela em que atuava o servidor investigado.”

Também há julgados na Corte Superior afastando alegação de nulidade em caso no qual o processo administrativo disciplinar foi anulado; e, na formação de nova comissão processante, aproveitaram-se membros da comissão anterior.

Exemplo disso ocorreu no julgamento do MS 13.986/DF, da Relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em que a Terceira Seção rejeitou a alegada nulidade pelo entendimento de que não houve demonstração de suspeição ou impedimento dos membros, tendo o relatório conclusivo sido anulado por vício formal vislumbrado na ofensa à ampla defesa do acusado.

Nesse julgado, o Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou no sentido de ser salutar o aproveitamento dos membros na nova comissão processante por já conhecerem, em boa medida, os fatos objetos de investigação; e, paralelamente, por não se cogitar de parcialidade quando o mesmo juiz profere sentença na sequência de processo retomado após anulação de anterior decisão judicial.

Prosseguindo nos aspectos concernentes à comissão processante, no julgamento do MS 17.126/DF, da Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, a Primeira Seção já afastou nulidade em caso no qual seus membros sofreram ameaças por parte do acusado, chegando a representá-lo criminalmente.

Ora, afastada a imparcialidade desses membros, o acusado iria se beneficiar de fato por ele mesmo causado, criando-se uma espécie de artifício para manipular a composição da comissão processante.

Por outro lado, a Primeira Seção, ao julgar o MS 18.804/DF - em que o Ministro Ari Pargendler proferiu voto vencedor -, vislumbrou nulidade pelo fato de o Presidente da Comissão Processante anteriormente ter sido ouvido como testemunha nos autos do mesmo processo.

A propósito, não se reconheceu preclusão pelo fato de a nulidade não ter sido invocada no processo administrativo disciplinar, mas somente no processo judicial.

Ainda sobre o tema em discussão, o fato de determinada autoridade ter emitido declarações na imprensa sobre os resultados de determinada operação policial envolvendo servidores a ele subordinados por si só não conduz à anulação da pena se essa for aplicada posteriormente pela mesma autoridade, em regular processo administrativo disciplinar, com respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Nessa linha já decidiu a Terceira Seção no MS 12.803/DF, da Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz.

Ora, alegações de suspeição e impedimento, ao menos em mandado de segurança, precisam vir acompanhadas de elementos consistentes nesse sentido, não sendo o bastante meras ilações nesse sentido por parte do impetrante.

Todavia, há caso em que o impedimento é flagrante, tal como vislumbrado no MS 14.958/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado pela Terceira Seção, no qual se consignou que:

“É nula a aplicação de sanção demissória a Servidor Público Autárquico, em conclusão de PAD que foi deflagrado em virtude de representação de Deputado Estadual, quando a Portaria sancionatória é assinada pelo outrora Parlamentar que depois foi investido no cargo de Ministro de Estado”.

Trata-se de caso em que o então deputado estadual Carlos Minc denunciou diversos servidores do Ibama pela prática de crimes; e, após, ao ocupar o cargo de Ministro de Estado do Meio Ambiente, assinou a portaria de demissão de um dos denunciados.

GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

São comuns os julgados do Superior Tribunal de Justiça em que foram alegadas nulidades envolvendo prejuízo à ampla defesa do acusado.

Em alguns deles, a Corte Superior não vislumbrou nulidade, especialmente porque o impetrante não demonstrou qual teria sido, efetivamente, o prejuízo sofrido no exercício do contraditório e da ampla defesa.

Nesses casos, houve aplicação do princípio *pás de nullité sans grief*.

É o que ocorreu no julgamento do MS 12.803/DF pela Terceira Seção, da Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz - novamente mencionado no trabalho em tela -, no qual esse princípio foi aplicado em razão de não ter o impetrante demonstrado o prejuízo que teria ocorrido pela ausência de intimação sobre determinadas diligências tomadas pela comissão processante no curso do processo administrativo disciplinar.

Por outro lado, no julgamento do MS 15.904/DF, a Corte Especial, em 2012, por maioria, concedeu a segurança em caso no qual o impetrante, Juiz Federal, invocou nulidade em razão do indeferimento do pedido de interrogatório pessoal.

Esse pedido foi indeferido com base em dispositivo de resolução do Conselho Nacional de Justiça, cuja redação em vigor à época dos fatos, em sua literalidade, conferia ao relator do processo administrativo a prerrogativa de decidir sobre a questão.

Essa nulidade foi invocada em recurso administrativo dirigido ao Conselho da Justiça Federal contra a pena de aposentadoria compulsória, o qual foi indeferido.

Assim, o magistrado impetrou ação mandamental no Superior Tribunal de Justiça e a segurança foi concedida, pois, segundo o Relator para Acórdão, Ministro Massami Uyeda, o interrogatório pessoal é prerrogativa da defesa e o acusado deveria ter sido ouvido, mesmo após a conclusão da fase instrutória do processo disciplinar.

Isso porque a resolução do CNJ deve ser interpretada em conformidade com a Constituição Federal, a qual assegura ampla defesa ao acusado.

Recentemente, no julgamento do MS 20.336/DF, de minha relatoria, a Primeira Seção reconheceu ofensa ao contraditório e à ampla defesa em um processo administrativo disciplinar por causa da instauração de incidente de sanidade mental procedida de forma açodada.

É que contra o mesmo servidor público federal foram abertos dois processos administrativos; e, no caso objeto do mandado de segurança, aproveitou-se incidente de sanidade mental instaurado no outro PAD.

A ofensa às garantidas do contraditório e da ampla defesa foi reconhecida pela consideração de não constar do incidente abertura de contraditório ao acusado para indicar assistente técnico e apresentar quesitos; nem elaboração de laudo próprio que fundamente as conclusões da perícia; e, ainda, não havia expressa indicação das especialidades médicas dos profissionais que compunham a Junta Médica.

Aliás, o impetrante cuidou de juntar aos autos parecer da corregedoria emitido no outro processo administrativo disciplinar recomendando à autoridade administrativa a reinstauração do incidente de sanidade mental em razão das nulidades nela constatadas, o que acabou por reforçar a argumentação da inicial pela concessão da segurança.

Importante questão costumeiramente analisada em mandado de segurança no Superior Tribunal de Justiça tem a ver com a utilização de prova emprestada de processo penal, notadamente escuta telefônica.

Conforme reiterado pela Terceira Seção no julgamento do MS 14.501/DF, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, não há falar em nulidade se no processo administrativo disciplinar o acusado puder exercer o contraditório em relação à escuta telefônica, com acesso tanto às transcrições quanto às próprias gravações.

Com efeito, a Corte Superior exige seja a escuta telefônica judicialmente autorizada no processo penal, em conformidade com a Lei 9.296/96.

Nesse sentido decidiu a Terceira Seção no MS 10.154/DF, da Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz:

“Não há nulidade no Processo Administrativo Disciplinar, pela utilização de interceptação telefônica, quando esta se concretiza nos termos da Lei nº 9.296/96”.

Relevante mencionar julgado da Primeira Seção, no 16.185/DF, da Relatoria do Ministro Castro Meira, no qual alegações de nulidade pela utilização dessa modalidade de prova foram afastadas nos seguintes termos:

“O impetrante alega que a Comissão deveria ter periciado os áudios e não utilizado “método unilateral, vaidoso, pessoal” no exame da entonação dos arquivos (e-STJ fls. 08-10). Assevera, ainda, inexistir

“elemento probatório que demonstre que os terminais telefônicos eram de propriedade e/ou estavam na posse do Impetrante” (e-STJ fl. 15).

A pretensão não prospera porque, como anteriormente asseverado, os dados obtidos em interceptações telefônicas, judicialmente autorizadas no âmbito de investigação criminal ou processual penal, podem ser utilizados em processo administrativo disciplinar. Assim, autorizado o uso da prova emprestada, não se pode exigir que a Comissão Disciplinar realize perícias nos áudios para que seja identificada a voz do impetrante, tampouco comprove a titularidade dos aparelhos telefônicos. Tais providências deveriam ter sido requeridas nos autos do processo criminal, pois só a autoridade que o preside tem a competência para examinar eventual vício e, por conseguinte, determinar a anulação da prova.

Além disso, a Lei nº 9.296/96 não exige que a interceptação seja submetida à perícia (...)”

No mesmo sentido recentemente decidiu a Primeira Seção no MS 17.355/DF, da Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves:

“Autorizado o uso da prova emprestada oriunda de procedimento criminal, não se pode exigir que a Comissão Disciplinar responda a questionamentos relativos à produção da prova e equipamentos utilizados, mormente se tomou todas as medidas para garantir o pleno acesso às informações solicitadas pelo impetrante”.

Outro tema comum diz respeito à defesa técnica por advogado no âmbito do processo administrativo disciplinar.

Sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 5, cuja redação é a seguinte:

“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Contudo, há de se nomear advogado dativo no caso de revelia.

É o que decidiu a Terceira Seção no MS 15.090/DF, da Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior.

No caso, foi mantida a pena de demissão pelo entendimento, dentre outros, de que a Comissão Processante agiu corretamente ao nomear defensor dativo, após lavrar o indispensável Termo de Revelia, relativamente ao acusado que se recusou a receber mandado de citação e a apresentar defesa escrita.

Também merece menção caso recente da Primeira Seção, julgado no MS 18.138/DF, da Relatoria do Ministro Humberto Martins, em que o processo administrativo disciplinar foi anulado em razão da ausência de contraditório relativamente a um parecer do Ministério Público Federal classificado pelo próprio órgão como “urgente” e “sigiloso”, contendo considerações sobre o desacerto da pena de suspensão proposta pela Comissão Processante, sugerindo a sua alteração para a de demissão.

Nesse precedente, o Relator assim se manifestou:

“Ora, o documento do MPF possui algum caráter relevante. E, desta forma, deveria haver o contraditório. Assiste razão ao impetrante, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

De outra sorte, o fato de o documento ter sido encaminhado em caráter sigiloso compromete a possibilidade de que fosse mera opinião. O seu conteúdo evidencia reprimenda ao serviço de apuração, desempenhado pela Comissão Processante, por haver discordância em relação às conclusões do relatório. Friso que o documento foi encaminhado ao Corregedor-Geral, chefe dos servidores, opinando que o relatório final continha “equívocos e contradições manifestos presentes nas considerações da Comissão Investigativa, aliado à ausência de motivação em diversos aspectos” (fl. 25, e-STJ).

Bem localizada e evidenciada a mácula ao contraditório e à ampla defesa, deve ser parcialmente concedida a ordem.”

Sobre o tema da anulação do processo administrativo disciplinar, merece comentários julgado da Primeira Seção no MS 17.370/DF, da Relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima.

No caso concreto, a Administração anulou de ofício a pena de suspensão aplicada em um processo administrativo disciplinar para, posteriormente, instaurar novo processo e aplicar a pena de demissão.

O Ministro relator vislumbrou nulidade por entender que, de acordo com o disposto art. 174, *caput*, da Lei 8.112/90, a revisão do PAD poderá ocorrer de ofício, pela Autoridade competente, quando apresentados fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do servidor punido ou a inadequação da penalidade aplicada.

A segurança foi concedida pelo entendimento de que a única interpretação para esse dispositivo, capaz de harmonizá-lo com o princípio do devido processo legal, é que será admitida a revisão da penalidade aplicada quando for para beneficiar o servidor punido, e nunca para prejudicá-lo.

Na mesma linha decidiu a Terceira Seção no julgamento do MS 11.554/DF, da Relatoria do Ministro Og Fernandes.

Em caso semelhante ao acima comentado – envolvendo anulação *ex officio* de pena já cumprida (suspensão) e aplicação de pena mais gravosa (demissão) –, a segurança foi concedida pelas considerações de que as informações apresentadas pela autoridade não indicaram vício insanável apto a anular o PAD, na forma do art. 169 da Lei n. 8.112/1990, detendo-se, apenas, no mérito das imputações feitas à servidora e na suposta inadequação da penalidade aplicada (suspensão); e, mesmo assim, o processo foi anulado, o que ensejou nova punição (demissão), incorrendo-se no *bis in idem*, vedado, na seara administrativa, pela Súmula 19/STF ("*É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira*").

Com efeito, tenho que o vício insanável do art. 169 da Lei 8.112/90 diz respeito à forma (em contexto de cerceamento de defesa do acusado, via de regra), e não ao mérito do processo administrativo disciplinar.

Outra questão importante diz respeito ao teor do art. 168 da Lei 8.112/90:

“Art. 168 O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.

Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

Esse tema foi abordado em julgado da Terceira Seção, MS 13.133/DF, da Relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, em que o impetrante apontou nulidade pelo fato de o Ministro de Estado ter aplicado pena diversa da proposta pela Comissão Processante, adotando o Parecer da Consultoria Jurídica emitido no processo administrativo disciplinar.

A segurança foi denegada pela consideração de que a autoridade impetrada, ao adotar parecer de sua consultoria jurídica para agravar a sanção sugerida pela comissão processante, qual seja, a de suspensão por 90 (noventa) dias, motivou adequadamente suas razões, demonstrando que o relatório contrariara a prova dos autos, conforme determina o art. 168 da Lei 8.112/90.

Por outro lado, a segurança foi concedida em precedente Terceira Seção, MS 9.649/DF, julgado em 2008, da Relatoria do Ministro Og Fernandes, pois, no caso, a Autoridade Ministerial divergiu do entendimento da Comissão Processante, agravando a penalidade aplicada – de suspensão para demissão -, sem fundamentar, todavia, de que forma os elementos apresentados no relatório estariam dissociados das provas dos autos, conforme exigido pelo art. 168 da Lei 8.112/90, não sendo suficiente imputar de modo genérico a prática de infrações legalmente previstas.

Para finalizar o presente trabalho, faremos algumas considerações sobre a aplicação do art. 126 da Lei 8.112/90, que dispõe:

“Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.”

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a absolvição criminal por falta de provas não conduz ao afastamento da responsabilidade administrativa do servidor.

Exemplo disso é o julgado da Terceira Seção no MS 14.780/DF, da Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, no qual foi reiterado que:

“(...) as instâncias civil, criminal e administrativa são independentes entre si, havendo vinculação somente quanto à sentença penal absolutória que reconhece a inexistência do fato ou a negativa de autoria, o que não se vislumbra na presente hipótese, em que o acusado foi absolvido por falta de provas.”

No mesmo sentido se manifestou a Primeira Seção nos EDcl no MS 17.583/DF, de minha Relatoria:

“A absolvição por falta de provas, tal como teria postulado o Ministério Público no processo criminal, não influenciaria o processo administrativo disciplinar, pois não é situação prevista no art. 126 da Lei 8.112/90.”

Cabe ressaltar que esse pensamento não é unânime na Corte Superior, eis que o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, conforme reproduzido no voto vencido proferido no MS 17.873/DF, já se manifestou em sede doutrinária nos seguintes termos:

Não há motivo para se recusar identidade ontológica entre os ilícitos administrativo e penal, devendo ser reconhecido que é apenas dogmática essa distinção, insuficiente para servir de base a tratamentos repressivos distintos; mas é evidente que se ao ilícito administrativo não for atribuída concomitantemente a qualidade de crime (art. 1o. da LICP), então não se haverá de cogitar de identidade.

Em síntese, o dogma da separação das instâncias – ainda que se sustente a sua permanência – não pode situar-se acima dos princípios que a Carta Magna acolheu, dentre eles, no campo do Direito Sancionador, o que assegura a presunção de inocência, de modo que o poder punitivo estatal, no domínio administrativo, não

está imune à sua força; se o réu obtém absolvição criminal, qualquer que seja a razão da absolvição, sobre ele não há de incidir qualquer sanção decorrente do fato objeto do processo criminal, salvo se – repetindo-se o óbvio – remanescer resíduo administrativo passível de punição (Súmula 18 do STF).

Entretanto, esse entendimento é minoritário no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.