

A Aplicação Do Princípio Da Paridade De Armas No Processo Administrativo Disciplinar

The Application Of The Principle Of Parity Of Arms In The Disciplinary
Administrative Process

Sinvaldo Conceição Neves¹

Resumo: O presente trabalho visa analisar a aplicação do instituto jurídico da paridade de armas no processo administrativo disciplinar. O Poder Público é dotado da capacidade de aplicar penas de caráter administrativo aos seus agentes, para tal desiderato necessário se faz observar os princípios e garantias previstas na Constituição. A paridade de armas decorre da necessidade de se proporcionar às partes do processo iguais condições processuais. Trata-se de um estudo exploratório, de abordagem qualitativa, analisando a situação através de lógica dedutiva, buscando as seguintes fontes: Texto da Constituição Federal e legislação infraconstitucional, jurisprudência e doutrina especializada, com propósito de entender a procedimento disciplinar e a possibilidade de aplicação do mencionado instituto visando a concretização da vontade do legislador constituinte.

Palavras chaves: Isonomia; Paridade de armas; Processo administrativo disciplinar;

Abstract: The following essay aims to analyze the application of the legal institute of weapons parity in the disciplinary management process. The Public Power is endowed with the ability to apply penalties of administrative nature to its agents, for this purpose it is necessary to observe the principles and assurances provided for in the Constitution. The parity of weapons stems from the need to provide equal procedural conditions to the parties to the process. This is an exploratory study, with a qualitative approach, analyzing the situation through deductive logic, seeking the following sources: Text of the Federal Constitution and infra-constitutional legislation, jurisprudence and specialized doctrine, with the purpose of understanding the disciplinary procedure and the possibility of application of the aforementioned institute in order to implement the will of the constituent legislator.

Keywords: Isonomy; Weapon parity; Disciplinary administrative process;

Introdução

O Estado pode ser visto como uma organização política surgida em determinado momento da história da humanidade visando suprir as necessidades coletivas. Ao longo

¹ Graduado pela Fundação Universidade Federal do Tocantins - UFT e mestre em direito pelo Centro Universitário de Brasília -UNICEUB. Atua na assessoria jurídica do Governo do Estado do Tocantins e como professor Auxiliar do Centro Universitário Luterano de Palmas - CEULP ministrando as disciplinas de Direito Constitucional, Administrativo, Consumidor, Financeiro e Tributário. sinvaldo@ceulp.edu.br

dos séculos, inúmeros fatos históricos demonstram que essa organização política, em suas relações seus súditos, agiu de forma arbitrária e antidemocrática.

O surgimento das constituições foi um movimento que se contrapunha ao uso abusivo e ilimitado do poder por parte do rei. As constituições surgem com o propósito de barrar os rompantes ditatoriais do Estado adotando regras visando organizar o funcionamento dos órgãos e poderes do próprio Estado e reconhecer um rol de direitos atinentes às pessoas.

Nesta perspectiva, o Estado, como titular do dever de manter a paz social, possui a prerrogativa de violar, justificadamente, os direitos individuais, como ocorre quando um indivíduo comete um crime, o que autoriza a retirada temporária de sua liberdade como resposta à conduta lesiva à coletividade.

Em que pese esta capacidade, a atuação do Estado deve ocorrer dentro da mais estrita constitucionalidade de modo a assegurar todas as garantias ao acusado visando a concretização de um processo justo.

Neste diapasão se insere o processo administrativo disciplinar que é incapaz de propiciar o cerceamento da liberdade do indivíduo, mas pode trazer consequências severas à vida do agente público.

As mesmas garantias aplicáveis na esfera criminal ao acusado de um crime, deve, em nome do tratamento justo, ser observado na esfera administrativa.

O Processo Administrativo Disciplinar Brasileiro E O Tratamento Igualitário E Equitativo Entre A Acusação E A Defesa

A pretensão de se estudar e compreender melhor o instituto da administração pública, necessariamente demanda a dedicação de um tempo voltado à compreensão do instituto do agente público, que seria o elemento subjetivo que compõe o conceito da própria administração.

Pode-se entender a administração pública, no sentido orgânico, como um emaranhado de órgãos e pessoas jurídicas incumbidas pela lei pela execução das atividades relevantes para a coletividade (DI PETRO, 2004)

Ao longo da história da humanidade, o ser humano achou por bem criar uma organização política com a responsabilidade de prover aquelas necessidades básicas do

grupo social, necessidades essas que não seriam superadas com o esforço individual do homem.

A função administrativa, muito embora seja exercida pelos diversos poderes e órgãos autônomos, seu desempenho cabe preponderantemente ao Poder Executivo.

Ao Chefe do Poder Executivo são atribuídas as funções atinentes à existência do próprio Estado, pois traduz o exercício da soberania da nação e a definição das decisões mais gerais. Não se pode olvidar, que a função administrativa também é competência do Poder Executivo e consiste em uma sequência conjugada de ações e omissões visando a satisfação das necessidades básicas. (JUSTEN FILHO, 2016)

O Estado visando cumprir seu desiderato faz uso de uma estrutura complexa formada por seus próprios órgãos, outras pessoas jurídicas de direito público ou privado e de pessoas que exercem uma função pública, que são os agentes públicos.

Em síntese, a legislação entende que agente público seria aquele indivíduo que exerce uma função pública sendo irrelevante a natureza do vínculo².

Como se pode verificar, o conceito de agente público comporta diferentes tipos de relação jurídica. Dentre elas está o servidor público que, nos termos da legislação, é a pessoa legalmente investida em um cargo público, que é uma unidade administrativa dotada de atribuições e responsabilidade³.

Em síntese, considerando o disposto na Constituição Federal, seria uma gama de pessoas físicas que se ligam a administração pública direta, indireta, autárquica e

²Lei nº 9504/97 – Art. 73 [...] § 1º Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional.

Lei nº 8429/93 - Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei.

Código Penal - Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

³ Arts 2º e 3º da Lei nº 8.112/90.

fundacional, mediante uma relação de trabalho de natureza profissional e perene para prestar serviços de interesse da coletividade (GASPARINI, 2012, p.224).

Com a promulgação da Constituição Federal, o concurso público passou a ser a principal forma de acesso aos cargos e empregos públicos. Assim, após as etapas de ingresso, com a posse e o conseqüente exercício se forma um vínculo entre o titular do cargo e a administração pública, razão pela qual, o agente se obriga a executar as atribuições genéricas previstas em lei recebendo um valor a título de remuneração, vencimento ou subsídio.

Em que pese, aparentemente, se tratar de uma relação de trabalho comum, o vínculo público existente entre o servidor e a administração pública possui um tratamento jurídico diferenciado em relação aos demais vínculos trabalhistas.

O direito administrativo brasileiro tem como uma das principais bases para o interesse público as relações jurídicas decorrente das prerrogativas de autoridade do Estado (GASPARINI, 2012).

As normas aplicáveis à administração pública brasileira se fundamentam nos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, sendo essa a impossibilidade de se sacrificar ou negociar o interesse público e aquele a superioridade deste interesse sobre os demais existentes na sociedade.

Para os defensores deste pensamento, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público decorre do princípio republicano, que impõe ao agente o dever de zelar pela coisa pública (JUSTEN FILHO, 2016)

As relações jurídicas envolvendo o Estado – administração pública –, sob esta ótica, não devem ser tratadas como se fossem um vínculo entre dois particulares onde prevalece a autonomia da vontade e a disponibilidade do direito.

As regras de direito público com a finalidade de proteger o bem coletivo criam uma couraça envolta das relações administrativas o que demanda um olhar específico para estes fatos.

Neste cenário, as relações envolvendo os servidores e a administração pública possui uma dinâmica diferenciada.

No tocante a responsabilidade administrativa do servidor público, em razão do princípio da legalidade insculpido na Carta Magna, tem como base normativa os estatutos funcionais do serviço público.

Vale mencionar que, em razão da autonomia decorrente da forma de Estado adotada, os entes federados podem criar seus próprios estatutos funcionais dispendo sobre normas procedimentais envolvendo a responsabilidade do servidor público.

Assim, além da normatização da relação funcional dos agentes públicos profissionais, a administração também se reserva na função de aplicar sanções de natureza administrativa àqueles que incorrerem em falta funcional.

O poder disciplinar consiste na faculdade de aplicar sanção internamente aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos públicos e serviços administrativos. A referida prerrogativa decorre da supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que estão subordinados, ainda que transitoriamente, com as normas de funcionamento do serviço público (MEIRELLES, 2002).

Embora seja de conhecimento a existência de uma pluralidade de regramentos jurídicos processuais envolvendo a responsabilização dos servidores públicos decorrente da atividade legislativa dos demais entes federativos, para fins deste trabalho será considerado apenas o disposto no Estatuto Funcional dos Servidores Públicos Civis da União.

Preliminarmente, é prudente mencionar que, ainda no âmbito dos procedimentos administrativos disciplinares, necessário se faz a observância de todas as garantias constitucionais.

O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal - que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgI nº 241.201. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 27/8/2002, publicado em 20/9/2002)

Qualquer reflexão sobre a aplicação do instituto da paridade de armas no âmbito processual necessariamente deve ter como partida as reflexões existentes no processo criminal.

O surgimento das Cartas Constitucionais na história da humanidade ocorreu devido à necessidade de se limitar os rompantes arbitrários do Estado absoluto. Mas a atuação da norma constitucional não ocorre apenas para impedir que a mão opressora do Estado viole a vida, liberdade, patrimônio e igualdade da pessoa, seus efeitos também alcançam aqueles fatos onde o Poder Público, sob a alegação de estar cumprindo com o disposto na Constituição, viola direitos do homem por meio de um processo injusto e abusivo.

A busca por um processo justo no qual seja observado e assegurado todos os direitos do acusado, seja no âmbito judicial ou administrativo, necessariamente passa pela reflexão do tema “paridade de armas” como instituto ligado a igualdade entre as partes e não como norma decorrente do contraditório no devido processo penal.

Em reflexão em sentido contrário, Eugênio Pacelli (2017) vincula a existência da paridade de armas no processo como fruto da decomposição do princípio do contraditório, que além de garantir o acesso à informação aos interessados de qualquer fato ocorrido no processo assegura o tratamento equitativo entre as partes.

Na lição de Renato Stanzola Vieira (2013, on line) :

Ainda como provocação inicial, o tema em debate merece ser revisto no Brasil também porque não se pode prescindir do estudo de direito processual penal comparado, pois há importante ferramental trazido tanto por doutrina quanto pelas respostas de Tribunais que se viram, particularmente da segunda metade do século passado a esta parte, atentas à paridade de armas no processo penal.

Em síntese, a paridade de armas assegura às partes envolvidas no processo igualdade de tratamento e condições para se manifestar no processo.

No direito brasileiro, o Código de Processo Civil dispõe que “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

Entretanto, na busca por um paradigma externo para se compreender a paridade de armas pode-se ter como base o disposto na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na qual dispõe:

ARTIGO 6º

Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil,

quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

No direito processual criminal brasileiro a aplicação da paridade de armas ocorre em razão na permissão legal do uso da interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Assim, não restam dúvidas quando da aplicabilidade da paridade de armas no direito processual penal, por ser um instituto decorrente de um princípio geral do direito. Entretanto, o que se pretende com o presente trabalho é investigar a aplicação do mencionado instituto no âmbito do procedimento administrativo disciplinar.

Como dito alhures, a responsabilização funcional do agente público se dá por meio de um procedimento denominado processo administrativo disciplinar, que consiste em “instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.”⁴

Diferente do processo na seara cível, onde fica evidente que na relação jurídica processual, autor, réu e juiz são pessoas distintas e cada uma é movida por seu próprio interesse, no processo administrativo disciplinar existe uma confusão entre a acusação, a vítima e o julgador.

⁴ Art. 148, Lei 8112/90.

Quando o servidor público comete um ilícito funcional ele viola um direito da coletividade representado pelo interesse da administração, diante desse fato, a própria administração instaura um procedimento visando apurar e responsabilizar esse agente. Por fim, é de competência da administração o julgamento deste procedimento.

Em sendo constatada a existência de um ilícito funcional ou ao menos indícios desse ilícito, a autoridade competente deve instaurar o devido procedimento administrativo visando apurar os fatos e, conseqüentemente, a responsabilização do culpado.

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

A obrigação de apurar notícia de irregularidade decorre justamente do sistema hierarquizado no qual é estruturada a Administração, com destaque para o poder de fiscalizar as atividades exercidas por seus servidores e demais pessoas a ela ligadas, exigindo-lhes uma conduta adequada aos preceitos legais e morais vigentes. (BRASIL, 2021)

Em não existindo elementos suficientes para a instauração do devido processo administrativo disciplinar, pode o Poder Público se valer de um instrumento visando investigar os fatos apontando indícios de materialidade da conduta e da autoria.

A sindicância administrativa, nos mesmos moldes do inquérito policial, possui um caráter preparatório, destinado a investigar falta disciplinar praticada por servidor ou empregado público federal, quando a complexidade ou os indícios de autoria ou materialidade não justificarem a instauração imediata de procedimento disciplinar acusatório⁵.

Pode-se afirmar que a sindicância está para o processo administrativo disciplinar, da mesma forma que o inquérito policial está para a ação penal (GASPARINI, 2012)

Por se tratar de um procedimento de natureza inquisitorial, admite-se um procedimento desprovido de qualquer garantia ao investigado.

Sindicância administrativa é o meio sumário de apuração ou elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição ao infrator. Pode ser iniciada com ou sem sindicado, bastando que haja indicação de falta a apurar. Não tem

⁵ Art. 19 da IN CGU nº 14/2018

procedimento formal, nem exigência de comissão sindicante, podendo realizar-se por um ou mais funcionários designados pela autoridade competente. Dispensa defesa do sindicado e publicidade no seu procedimento, por se tratar de simples expediente de apuração ou verificação de irregularidade, e não de base para punição, equiparável ao inquérito policial em relação à ação penal.

De efeito, concebe-se que a sindicância disciplinar, na espécie inquisitorial, além de não jungir-se ao esquema do contraditório, é realizada de forma sigilosa e discricionária. O perfil inquisitorial dessa espécie de sindicância retira-lhe a característica de processo. O que a torna imprópria para servir de base à imposição de qualquer reprimenda disciplinar, por mais branda que seja.

(...)

Nessa espécie de sindicância, impõe-se o sigilo com vistas a preservar a dignidade do serviço público. Bem como para tornar mais eficientes os trabalhos investigatórios. Já a discricionariedade assegura que as investigações sejam realizadas nos moldes definidos pelo sindicante. Sem sujeição a ritos preestabelecidos. O que não implica contemporizar arbitrariedades, prepotências e desmandos.

Ementa: A estrita reverência aos princípios do contraditório e da ampla defesa só é exigida, como requisito essencial de validade, assim no processo administrativo disciplinar, como na sindicância especial que lhe faz às vezes como procedimento ordenado à aplicação daquelas duas penas mais brandas, que são a advertência e a suspensão por prazo não superior a trinta dias. Nunca, na sindicância que funcione apenas como investigação preliminar tendente a coligir, de maneira inquisitorial, elementos bastantes à imputação de falta ao servidor, em processo disciplinar subsequente.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS nº 22.791. Relator: Ministro Cezar Peluzo, julgado em 13/11/2003, publicado em 19/12/2003)

Em que pese a ausência de uma acusação formal, esse procedimento preliminar será instaurado e conduzido exclusivamente pela administração sem qualquer possibilidade do servidor ou empregado público investigado requerer a produção de provas que possam contribuir com sua futura defesa.

Assim, a produção das provas que embasarão uma futura acusação depende exclusivamente do interesse da administração pública, que neste momento irá atuar como órgão de investigação.

Após recolhidas as provas necessárias para viabilizar a imputação formal de um fato a determinado servidor, a administração que, até neste momento agia como autoridade de averiguação, passa instantaneamente para a condição de órgão de acusação, ao mesmo tempo que age como órgão processante.

O processo administrativo disciplinar será conduzido por uma comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente⁶.

Salienta-se que não existe vedação legal à participação do mesmo agente público na comissão que conduz a sindicância e na comissão responsável pela acusação formal e condução do processo.

Embora inexista qualquer previsão expressa no sentido de impedir que o agente público que tenha participado da investigação, ou de outra fase preliminar do procedimento, venha participar da instrução, a Lei de Processos Administrativos estabelece um rol exemplificativo de eventuais impedimentos aplicáveis ao processo.⁷

Assim, interpretando o citado dispositivo legal à luz da vontade do legislador constituinte, o contato prematuro do agente público com os fatos apurados lhe tira a isenção e imparcialidade necessárias para agir como órgão de instrução.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR DEFLAGRADO POR REPRESENTAÇÃO DE DEPUTADO ESTADUAL QUE, DEPOIS, COMO MINISTRO DE ESTADO, EMITIU A PORTARIA DEMISSÓRIA DO SERVIDOR. INADMISSIBILIDADE. ART. 18 DA LEI 9.784/99. PAD PRESIDIDO POR PROCURADOR FEDERAL QUE ANTES SE MANIFESTARA EM PARECER ESCRITO PELA NULIDADE DE PROCESSO DISCIPLINAR PRECEDENTE, SOBRE OS MESMOS FATOS E ENVOLVENDO OS MESMOS SERVIDORES. INADMISSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Processo Administrativo Disciplinar se sujeita a rigorosas exigências legais e se rege por princípios jurídicos de Direito Processual, que condicionam a sua validade, dentre as quais a da isenção dos Servidores Públicos que nele tem atuação; a Lei 9.784/99 veda, no seu art. 18, que participe do PAD quem, por ostentar vínculos com o objeto da investigação, não reveste as indispensáveis qualidades de neutralidade e de isenção. [...] (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 14.958/DF - 2010/0006423-9, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 12/5/2010, publicado em 15/6/2010)

⁶ Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

⁷ Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Após a devida instauração do processo com a respectiva publicação do ato junto à imprensa oficial, iniciam-se os trabalhos envolvendo a instrução processual, assegurando ao acusado o contraditório, a ampla defesa e os meios e recursos a eles inerentes.

Neste momento, apesar de não haver uma acusação formal, pode-se falar que o agente público é considerado como acusado.

Em que pese esse fato, a portaria de instauração do processo administrativo disciplinar, além das questões procedimentais necessárias à condução dos trabalhos, trará uma síntese dos fatos imputados ao acusado. Vale mencionar que a descrição minuciosa destes fatos é dispensável.

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. TRANCAMENTO. DESCABIMENTO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL APOSENTADO POR INVALIDEZ (ESQUIZOFRENIA) NO CARGO DE DELEGADO DE POLÍCIA. EXERCÍCIO ATUAL DO CARGO DE PROCURADOR JURÍDICO MUNICIPAL. APURAÇÃO DE IRREGULARIDADE NO ATO DE APOSENTADORIA. INSTAURAÇÃO DO REGULAR PROCESSO ADMINISTRATIVO. 1. Somente após a fase instrutória – onde são apurados os fatos, com a colheita das provas pertinentes – se mostra necessária a descrição pormenorizada do fato ilícito, assim como a sua devida tipificação, procedendo-se, conforme à hipótese, ao indiciamento. Assim, a portaria inaugural, bem como a notificação inicial, prescindem de minuciosa descrição dos fatos imputados. Precedentes. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 23274/MT - 2006/0268798-1. Relatora: Ministra Laurita Vaz, julgado em 18/11/2010, publicado em 13/12/2010)

Destaca-se que nesta fase do processo, o acusado irá se defender de fatos cujos detalhes, necessários à sua elucidação e consequente defesa, é dispensável, mesmo existindo a possibilidade da administração pública se valer da sindicância investigativa para apurar e detalhar os fatos.

Apesar de uma acusação genérica, é assegurado ao acusado a participação no polo passivo do processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

Em que pese a previsão legal da participação ativa do acusado na condução do procedimento visando elucidar os fatos, ainda que genéricos, que lhe são imputados, a própria norma reserva o direito do presidente da comissão processante de negar pedidos

que ele considere impertinentes, meramente protelatórios ou que não sejam de interesse para o esclarecimento dos fatos.

Ora, em um procedimento onde à administração pública se reserva todos os papéis processuais contrários ao interesse do acusado, a possibilidade do presidente da comissão, unilateralmente, concluir pela impertinência da diligência se revele deveras arbitrário, ou seja, além do Estado usar todas as suas forças para incriminar o servidor, ele próprio se sub-roga no direito de pautar a condução da atividade da defesa, que, por expressa previsão constitucional, deve ser ampla e irrestrita.

Encerrada essa fase do procedimento com o interrogatório do acusado, e em sendo tipificada a infração disciplinar, será formulado o ato formal de indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.⁸

A indicição é o ato cujo teor deve apontar os fatos ilícitos pormenorizados imputados ao servidor acusado, bem com as provas correspondentes e o respectivo enquadramento legal, de modo a refletir a convicção preliminar do colegiado. (BRASIL, 2021)

Encerrada a fase do inquérito administrativo, a comissão processante, após constatada a existência dos fatos, deve buscar adequá-lo a um tipo administrativo existente na lei.

O Estatuto Funcional se dedica a descrever deveres e condutas proibidas que podem ensejar a aplicação de uma sanção disciplinar.

Vale mencionar que, ao contrário do direito penal onde a lei se dedica a descrever um fato típico certo e determinado, no direito administrativo as tipificações dos ilícitos não atendem a mesma exigência.

Previsto de maneira inequívoca pela lei, sancionado por uma pena, podendo existir independentemente de um dano efetivo, o ilícito penal apresenta pontos de contato e pontos divergentes, quando comparado ao ilícito civil.

O rol do ilícito penal é rigorosamente delimitado e de interpretação restritiva. E m virtude do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a lei penal tem de precisar a incriminação e prever todas as condições que cercam o fato, apontando todos os elementos constitutivos da figura delineada, ao contrário do que ocorre com o ilícito civil, definido em fórmula geral e admitindo, pois, interpretação ampla. (CRETELLA JÚNIOR, 2016)

⁸ Art. 161 da Lei 8112/93.

De modo geral, no direito administrativo disciplinar poucas são as infrações descritas de forma detalhada na lei, como ocorre no caso do abandono de cargo. Boa parte dos fatos que podem ensejar uma sanção disciplinar ficam sujeitos à discricionariedade da própria administração diante do caso sob análise. A autoridade processante irá enquadrar o fato da vida imputado ao servidor ao “tipo” genérico descrito na norma. (DI PIETRO, 2003)

Por outro lado, ao passo que a repressão do ilícito penal é regida pelo princípio da legalidade, a autoridade que exerce o poder disciplinar pode aplicar, discricionariamente, sanções disciplinares, em virtude de infrações aos deveres da profissão, a princípio de honra, de dignidade, de ética, mesmo que não haja expressa disposição estatutária precisa a respeito. A Administração age dentro das chamadas normas elásticas, flexíveis ou plásticas.

Há diferença ontológica ou de natureza entre o ilícito administrativo e o ilícito penal? Ou a diferença entre ambos os ilícitos é apenas de grau, de intensidade? Será o ilícito administrativo um *minus* em relação ao ilícito penal? E, reciprocamente, o ilícito penal um *majus* em relação ao ilícito administrativo?

Depende da modalidade de ilícito administrativo. Porque, se o ilícito administrativo, for ilícito puro, que se exaure na própria esfera do Poder Executivo, a diferença entre ele e o ilícito penal é "ontológica" ou "de substância", objeto que é do direito administrativo disciplinar; se se tratar, porém, de ilícito administrativo que transcenda o próprio campo do Executivo, para inserir-se também no campo do direito penal, então, nesse caso, a diferença entre ambas as figuras é apenas de grau, diferença quantitativa, sendo o ilícito penal administrativo um *minus*, um grau a menos, em relação ao ilícito penal. (CRETILLA JÚNIOR, 2016)

As infrações administrativas, ao contrário das infrações penais, não se sujeitam à exigência constitucional decorrente da estrita legalidade.

É inegável que é impossível a norma descrever em seu bojo todo um conjunto de fatos odiosos que podem ser praticados contrários ao interesse público, entretanto a ausência de precisão da descrição do tipo administrativo afeta diretamente o direito de defesa do acusado.

Nos termos do art. 117 da Lei nº 8.112/93, o servidor que proceder de forma desidiosa estará sujeito, a princípio, à pena de demissão. Mas o que se entende por desídia? O legislador ordinário não deixou claro qual conduta se amolda neste tipo administrativo.

Respaldo no princípio da eficiência, pode-se imaginar que desídia seria a ausência de compromisso do servidor na busca de resultados. Entretanto, vale mencionar que existem instrumentos constitucionais utilizados para aferir a capacidade

do servidor na condução de suas atribuições, como é o caso da avaliação especial de desempenho e da avaliação periódica de desempenho.

Assim, se um servidor não cumpre um prazo na execução de determinada tarefa ele suportará prejuízo nas suas avaliações funcionais, ou a critério do gestor, responderá um processo administrativo disciplinar que poderá culminar com a sua demissão?

Aparentemente, a resposta que se pode construir é no sentido de que a qualificação da falta funcional como critério de avaliação fica sob a batuta da conveniência e oportunidade da administração.

Retornando às reflexões sobre o procedimento disciplinar, após o indiciamento formal do servidor, será oportunizada ocasião para apresentação de defesa escrita que será sucedida pela elaboração do relatório conclusivo da comissão responsável pela condução do processo na fase de instrução.

No âmbito do processo administrativo disciplinar, as etapas são conduzidas por órgãos diversos. Assim, cabe o julgamento a mesma autoridade que fez o juízo de admissibilidade.

Acrescenta-se que o agente público responsável pelo julgamento e, conseqüentemente, aplicação da penalidade ao servidor, se for o caso, será designado pela lei. Normalmente é o próprio chefe da administração ou subalterno atuando na condição de delegatário.

Após o encerramento do processo, em sendo penalizado o servidor público, esse poderá apresentar recurso voluntário que será julgado pela autoridade pública hierarquicamente superior àquela que realizou o julgamento.

Ao longo da análise de todo o andamento processual com base na Lei nº 8112/1990, a composição da relação jurídica processual salta aos olhos, pois apenas duas pessoas participam deste fato.

De um lado o servidor público que ocupa o polo passivo, de outro lado o próprio Estado – administração – que exerce múltiplos papéis nesta relação. Atua como vítima, órgão de acusação, autoridade de instrução e julgamento.

O processo administrativo disciplinar é o meio processual utilizado para se apurar e responsabilizar o servidor público que incorre em falta funcional em razão do exercício de suas funções.

Por ser um instituto de natureza interna, ou seja, capaz de produzir efeitos exclusivamente no âmbito da própria administração, o legislador não se dedicou a

produzir normas capazes de assegurar a observância mínima dos direitos constitucionais.

O processo administrativo disciplinar é incapaz de implicar no cerceamento de liberdade do acusado, mas tem o condão de produzir efeitos patrimoniais tão nefastos quanto.

Assim, assegurar igualdade de condições na persuasão da autoridade julgadora se revela tão importante quanto às outras garantias constitucionais, como o contraditório, ampla defesa, imparcialidade, etc.

De antemão, a mera leitura da relação jurídica processual afasta qualquer tratamento equitativo, pois a mesma pessoa que labora buscando a condenação, será a responsável pelo julgamento.

Diante deste cenário, a reflexão sobre a compatibilidade adotada pelo direito brasileiro no tocante à responsabilidade disciplinar do agente público se torna necessária e urgente. Não se justifica, diante das normas constitucionais, a manutenção de um modelo onde o agente público se torna refém do próprio processo.

A adoção de um novo modelo onde haja uma desvinculação entre as partes da relação processual se revela mais adequado e justo. A existência de um órgão de acusação dotado de autonomia funcional, bem como um órgão julgador diverso daquele que suportou o prejuízo, nos moldes do que já existe no processo penal, se amolda mais à vontade do legislador constituinte.

Considerações Finais

O exercício do poder disciplinar por parte da Administração permite a verificação da responsabilidade administrativa do servidor em razão de sua conduta no exercício das atribuições inerentes ao seu cargo.

Na constatação da existência de uma falta funcional e na certificação da autoria desta conduta, deve o poder público aplicar ao servidor responsável a respectiva sanção disciplinar. Muito embora esta sanção não possua natureza criminal, é possível estabelecer paralelos entre as duas penas.

É prudente ressaltar que a mesma conduta ilícita praticada por um servidor pode ser motivo justificador para instauração de diferentes procedimentos voltados para a apuração da responsabilidade civil, penal e administrativa.

A anatomia do processo administrativo disciplinar construída nos diversos Estatutos Funcionais, por si só, contraria os ditames constitucionais quanto à existência de um processo justo e equitativo.

Assim, feita esta reflexão, necessário se faz a modificação do modelo adotado pelo direito administrativo brasileiro com a adoção de outros órgãos dotados de autonomia funcional nesta relação jurídica.

Referências

BRASIL. **Controladoria-Geral da União**. Manual de processo administrativo disciplinar. Disponível em: .

https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/64869/6/Manual_PAD_2021_1.pdf Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. **Lei n 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. **Lei n 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 1 maio 2022.

BRASIL. **Lei n 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. **Lei n 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 23 maio 2022.

A Aplicação Do Princípio Da Paridade De Armas No Processo Administrativo Disciplinar – Sinvaldo Conceição Neves

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgI nº 241.201**; Rel. Ministro Celso de Mello, SEGUNDA TURMA; DJ de 20/09/2002. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773309/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-241201-sc>. Acesso em: 23 mai. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **MS nº 22.791**. Relator: Ministro Cezar Peluzo, SEGUNDA TURMA; DJe de 24/05/2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21810793/mandado-de-seguranca-ms-25910-df-stf/inteiro-teor-110459608>. Acesso em 23 de mai. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **MS nº 14.958/DF**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. TERCEIRA seção. DJe de 15/06/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19145482/mandado-de-seguranca-ms-14958-df-2010-0006423-9/inteiro-teor-19145483>. Acesso em 23 de mai. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RMS nº 23274/MT**. Relator: Ministra Laurita Vaz. QUINTA TURMA. DJe de 13/12/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17996602/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-23274-mt-2006-0268798-1/inteiro-teor-17996603>. Acesso em 23 de mai. 2022.

DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 27 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017, E-book.

VIEIRA, Renato Stanzola. Paridade de armas no processo penal – *equality of arms in criminal procedure law*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano. 2013, n. 105/2013. Disponível em: Acesso em: 23 de maio de 2022.